

Hoe werkt de devolutieve werking van appel ook alweer?

De devolutieve of afwentelende werking van het appel is een lastige materie. Met deze hoofdpunten en een paar tips bent u weer helemaal bij.

Klaas Aantjes¹

De devolutieve werking van het appel heeft een positief en een negatief aspect. Om met dat laatste te beginnen: de appellante bepaalt in beginsel de omvang van het hoger beroep in de memorie van grieven door het aanvoeren van de gronden van het beroep, in samenhang met de eis. De positieve behelst – kort gezegd dat binnen de grenzen die door de appellante in de memorie van grieven zijn getrokken, alle in eerste instantie door partijen aangevoerde stellingen – voor zover niet prijsgegeven – in hoger beroep alsnog moeten worden behandeld c.q. moeten worden beoordeeld. Door het positieve aspect is incidenteel appel dus niet noodzakelijk om het hof te verplichten de door geïntimeerde in eerste aanleg verdedigde stellingen of verweren opnieuw te beoordelen die door de rechtbank zijn verworpen, mits zij betrekking hebben op een onderdeel van het processuele debat dat door een slagende grief opnieuw aan de orde is gesteld en mits de betreffende stelling in hoger beroep niet is prijsgegeven. Incidenteel appel is dus alleen noodzakelijk indien en voor zover de eerste rechter in het dictum van zijn eindvonnis in het nadeel van geïntimeerde heeft beslist. Dat volgt onder meer uit het arrest-Gouda/Lutz². Uit dat arrest volgde – onder meer – dat de devolutieve werking van het appel meebracht dat het hof, bij het slagen van de tegen de bewijswaardering

gerichte grief, ook de bewijslastverdeling had moeten beoordelen en dat de geïntimeerde daartoe geen incidenteel appel hoefde in te stellen. Deze beslissing impliceert dat de geïntimeerde niet in incidenteel appel een in de rechtsoverwegingen gegeven, in zijn nadeel uitgevallen, oordeel dat niet in het dictum heeft doorgewerkt, behoeft te bestrijden. Het is echter de vraag of dat nog geldend recht is na het arrest-Fafianie/KSN³. Dit arrest ziet (en vermoedelijk: uitsluitend) op die situatie dat de eerste rechter een beslissing ten nadele van de latere geïntimeerde heeft genomen waaraan tussen partijen gezag van gewijsde toekomt en onverkorte toepassing van de devolutieve werking tot tegenstrijdige uitspraken met betrekking tot dezelfde zaak zou kunnen leiden⁴. Sinds deze uitspraak is het echter onzeker in hoeverre, binnen de door de grieven getrokken grenzen, in eerste aanleg verworpen stellingen van geïntimeerde zonder meer (ook zonder incidenteel appel) opnieuw moeten worden behandeld. Het devies lijkt daarom te zijn om zekerheidshalve steeds incidenteel te appelleren tegen de verwerping van in eerste aanleg verdedigde stellingen, ook als die verwerping niet in het nadeel van geïntimeerde in het dictum heeft doorgewerkt.

Tips

Hoe dan ook moet het hof de door de geïntimeerde in eerste aanleg verdedigde

stellingen die buiten behandeling zijn gelaten, ingevolge de devolutieve werking in de beoordeling betrekken. De geïntimeerde doet er goed aan het hof daarop te wijzen en daarbij uiteraard aan te geven waar de desbetreffende stellingen in eerste aanleg zijn betrokken. Als voor de zekerheid (al dan niet voorwaardelijk) incidenteel is geappelleerd terwijl het hof de desbetreffende stellingen ook zonder dat incidenteel appel had moeten behandelen, mag geen kostenveroordeling volgen als de incidentele grieven door het hof worden verworpen (althans niet om die reden). In voorkomend geval is het goed om het hof ook daarop wijzen. In het kader van het positieve aspect van de devolutieve werking moet het arrest-Utimaco/D&R genoemd worden⁵. De beslissing in dat arrest hangt nauw samen met die in het arrest-Gouda/Lutz: indien een partij (de latere geïntimeerde) door de rechtbank met het bewijs van haar stellingen is belast en de rechtbank haar daarin geslaagd heeft geacht, maar het hof naar aanleiding van een daartoe strekkende grief van de wederpartij tot een ander oordeel is gekomen over de waardering van het bijgebrachte bewijs, dient het hof ook zonder debat tussen partijen over de bewijslastverdeling de juistheid van die beslissing opnieuw te bezien. Dit geldt ook in het geval waarin de geïntimeerde incidenteel appel instelt voor zover haar vordering door de rechtbank is afgewezen maar daarin niet opkomt tegen het oordeel van de rechtbank inzake de verdeling van de bewijslast.

1 Advocaat bij AantjesZevenberg Advocaten te Rijswijk.

2 HR 24 december 1999, NJ 2000, 428.

3 HR 30 maart 2012, NJ 2012, 583, BU8514.

4 Hierover uitgebreid o.a. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/133.

5 HR 11 juni 2004, NJ 2005, 282.